

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Arrestatie naar aanleiding van afgetapt geheimhoudersgesprek)

Borgers, M.J.

2009

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2009). *Case note: Hoge Raad (Arrestatie naar aanleiding van afgetapt geheimhoudersgesprek)*, No. 603, Jun 16, 2009. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2009).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

**HR 16 juni 2009; arrestatie naar aanleiding van een afgetapt geheimhoudersgesprek
NJ 2009, 603, zaaknummer: 01858/07, LJN: BH2678**

Noot van M.J. Borgers

1.

Het af luisteren van gesprekken met geheimhouders, in het bijzonder advocaten, betreft een onderwerp dat reeds geruime tijd de strafrechtelijke gemoederen bezighoudt. Ondanks een specifieke wettelijke regeling, waarvan artikel 126aa lid 2 Sv de kern vormt en die ertoe strekt dat deze gesprekken en de schriftelijke uitwerking daarvan, behoudens enkele uitzonderingsgevallen, zo spoedig mogelijk worden gewist, komt het met enige regelmaat voor dat deze gesprekken op enigerlei wijze in het strafvorderlijke onderzoek worden betrokken. Met name de Nederlandse Vereniging voor Strafrechtadvocaten heeft sinds 2001 langs verschillende wegen — waaronder twee kort gedingen, een civiele bodemprocedure en het initiëren van advisering en onderzoek door het College Bescherming Persoonsgegevens — aandacht gevraagd voor deze problematiek. (Zie voor een beknopt overzicht Spronken, in: Handboek verdediging, Deventer: Kluwer 2009, p. 140-147.) Onderhand hebben strafrechters zich in toenemende mate moeten uitspreken over de consequenties van het niet of niet-tijdig wissen van tapgesprekken met geheimhouders en daarmee verband houdende perikelen. Een zoektocht in de lagere rechtspraak levert tientallen uitspraken over deze materie op. Hoewel de Hoge Raad zich al eerder heeft uitgesproken over het niet naleven van artikel 126aa lid 2 Sv (vgl. HR 2 oktober 2007, NJ 2008, 374 m.nt. J. Legemaate; zie over de voorloper van die bepaling vooral HR 12 januari 1999, NJ 1999, 290), ontbrak tot voor kort een richtinggevende uitspraak. Daarin lijkt verandering te zijn gekomen met de hierboven afgedrukte uitspraak. Al moet daarbij direct de vraag worden opgeworpen hoe richtinggevend deze uitspraak eigenlijk is. Alvorens daarop nader in te gaan, is een korte schets van de wettelijke regeling en de daarmee verband houdende aandachtspunten op zijn plaats.

2.

De regeling van — kort gezegd — het opnemen van vertrouwelijke communicatie bevat geen voorschriften die voorkomen dat gesprekken met geheimhouders worden opgenomen en in zekere mate worden uitgeluisterd. De wetgever heeft ervoor gekozen om de schending van het verschoningsrecht (zo veel mogelijk) te redresseren door het instellen van een vernietigingsplicht. Om die reden bepaalt artikel 126aa lid 2 Sv dat voor zover processen-verbaal of andere voorwerpen die zijn verkregen door (onder andere) de uitoefening van de bevoegdheid van artikel 126m Sv, mededelingen behelzen gedaan door of aan een verschoningsgerechtigde, deze processen-verbaal of voorwerpen worden vernietigd. Mocht de officier van justitie — omdat hij van mening is dat de desbetreffende mededelingen niet onder het verschoningsrecht vallen — deze stukken toch aan het dossier willen toevoegen, dan dient hij daartoe een machtiging van de rechter-commissaris te verkrijgen. Bij dit laatste moet men vooral denken aan het geval waarin zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen die een doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigen (zie voor een voorbeeld Hof Arnhem 16 oktober 2008, LJN BG1924).

In dit systeem is het onvermijdelijk dat eerst de opsporingsambtenaar en vervolgens de officier van justitie kennisneemt van de inhoud van het gesprek met de verschoningsgerechtigde. Hierin verschilt de telefoontap met de doorzoeking of het afleggen van een getuigenverklaring, waarbij de verschoningsgerechtigde tot op grote hoogte zelf kan bepalen of iets wel of niet onder het verschoningsrecht valt en dus ter kennis van politie en justitie komt. Dat de verschoningsgerechtigde bij de telefoontap niet eenzelfde rol kan vervullen als bij de doorzoeking valt goed te verklaren. Het aftappen van telefoons geschiedt immers in het geheim. Dat neemt niet weg dat het belang dat artikel 126aa lid 2 Sv nastreeft — in de woorden van de Hoge Raad: het beschermen dat eenieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan (onder anderen) de advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, een advocaat te raadplegen —, niet volledig recht wordt gedaan. Men kan wel het proces-verbaal waarin een gesprek is uitgewerkt, en de opname van het gesprek vernietigen, dat neemt niet weg dat op enigerlei moment door politie en justitie kennis wordt genomen van (een deel van) het gesprek. Knigge schrijft in zijn noot onder EHRM 25 maart 1998, NJ 2001, 459 dan ook niet zonder reden: ‘Op het vermogen van politie en justitie om de geheime gegevens "onder de pet" te houden, wordt wel een erg zware wissel getrokken.’ Schalken gaat hier nog een stap verder door te stellen dat ‘door de bevoegdheid tot vernietiging van die telefoontaps in handen te leggen van de instantie die bij het niet vernietigen juist belang heeft, de Nederlandse wetgever zich bijna aan ‘uitlokking’ schuldig [maakt]’ (zie zijn noot onder HR 30 oktober 2007, NJ 2008, 115). En waarnemend A-G Bleichrodt spreekt in de hierboven afgedrukte zaak ‘voorzichtig gezegd’ van ‘een verre van ideale situatie’ (conclusie, onder 4.3). Zie in dit verband ook de kritische beschouwingen van Mevis in DD 2003, p. 375-393 en DD 2006, p. 230-257.

Deze in mijn ogen terechte kritiek neemt niet weg dat politie en justitie in beginsel rechtmatig handelen wanneer men zich aan de regeling van artikel 126aa lid 2 Sv houdt. Ook het EHRM heeft in de zaak-Aalmoes de Nederlandse wettelijke regeling ter zake van het opnemen en vernietigen van geheimhoudersgesprekken niet in strijd met artikel 6 en 8 EVRM geoordeeld (EHRM 25 november 2004, appl.nr. 16269/02, EHRC 2005, 9 m.nt. Fernhout, NJCM 2005, p. 591-603 m.nt. Blom). Al betekent dat uiteraard niet dat er geen andere werkwijze denkbaar of geïndiceerd zou zijn. De gedachtevorming daarover heeft een stevige impuls gekregen door een uitspraak van (de civiele kamer van) de rechtbank Den Haag, waarin de Staat wordt geboden om maatregelen te treffen die ertoe strekken dat uitsluitend nog niet bij het onderzoek betrokken opsporingsambtenaren en officieren van justitie inhoudelijk kennisnemen van de geheimhoudersgesprekken (Rb. Den Haag 3 september 2008, LJN BE9675). Tegen deze uitspraak is — onder andere vanwege de kosten die zijn verbonden aan deze maatregelen — hoger beroep ingesteld. Die procedure loopt nog. Inmiddels ligt er een voorstel voor een andere aanpassing van het huidige stelsel, te weten de introductie van een systeem van nummerherkenning. Dit systeem was reeds vele malen voorgesteld, maar werd door de minister consequent van de hand gewezen. Naar aanleiding van het vonnis van de rechtbank Amsterdam in de Acroniemzaak alsmede van het zojuist genoemde vonnis van de rechtbank Den Haag, heeft de minister — na constructief overleg tussen het openbaar ministerie en de advocatuur — thans een andere afweging gemaakt en alsnog geopteerd voor nummerherkenning. Zie nader Kamerstukken II 2008/09, 30 517, nr. 8 en de parlementaire stukken die daarop zijn gevolgd.

De introductie van het systeem van nummerherkenning zal overigens niet kunnen voorkomen dat er ooit nog een geheimhoudersgesprek wordt uitgeluisterd, al was het maar omdat het systeem vooralsnog alleen betrekking heeft op de advocatuur. Het valt evenwel te verwachten dat er in veel minder gevallen dan thans aanleiding zal bestaan om op grond van artikel 126aa lid 2 Sv over te gaan tot een beoordeling van de inhoud van het gesprek. Intussen tracht het openbaar ministerie langs verschillende lijnen schade zoveel mogelijk te verminderen of te voorkomen, onder andere door middel van 'opschoonacties' en ook door aanscherping en uitbreiding van interne (niet-gepubliceerde) werkinstructies, waardoor de werkprocessen onder andere zo zijn aangepast dat geheimhoudersgesprekken nog zo min mogelijk ten behoeve van de beoordeling door officier van justitie op papier worden uitgewerkt (in plaats daarvan moet de officier van justitie zelf de opname uitluisteren).

3.

Terug naar de huidige wettelijke regeling. De vernietigingsplicht van artikel 126aa lid 2 Sv is nader uitgewerkt in artikel 4 en 5 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken (Stb. 1999, 548; nadien gewijzigd, Stb. 2008, 520). Op grond hiervan stelt de opsporingsambtenaar die kennis neemt van mededelingen door of aan de geheimhouder, de officier van justitie onverwijld in kennis. De officier van justitie beoordeelt en beveelt terstond vernietiging indien het gaat om mededelingen als bedoeld in artikel 126aa lid 2, eerste volzin, Sv. Dat bevel wordt op schrift gesteld en van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt. Het openbaar ministerie heeft — als gevolg van één van de eerder genoemde kort gedingen — een interne werkinstructie opgesteld, waarin verder handen en voeten wordt gegeven aan de voorschriften van artikel 126aa lid 2 Sv en het Besluit. Het betreft de niet-gepubliceerde en inmiddels meerdere malen herziene Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders. Deze instructie, met inbegrip van de toelichting daarop, bevat enkele nuttige aanvullingen, zoals een nadere concretisering van de termijnen waarbinnen moet worden beoordeeld en vernietigd, een nadere duiding van de rol van de beheerder van het interceptiecentrum en het onderstrepen van het belang dat gedurende het beoordelings- en vernietigingsproces de kring van personen die kennis kunnen nemen van de uitwerking van het desbetreffende gesprek, zo klein mogelijk wordt gehouden. Op grond van artikel 126aa lid 2 Sv, het Besluit en de Instructie kan worden vastgesteld dat in ieder geval drie — soms samenlopende — vormverzuimen kunnen optreden: a. het te laat — dat wil zeggen: niet met de spoed waartoe artikel 4 van het genoemde Besluit maant — vernietigen van het opgenomen geheimhoudersgesprek en/of de schriftelijke uitwerking daarvan; b. het in het geheel niet vernietigen van de opname en/of de schriftelijke uitwerking; c. het — anders dan met machtiging van de rechter-commissaris — in het dossier voegen van opnames van geheimhoudersgesprekken en/of de schriftelijke uitwerking daarvan. Indien een dergelijk vormverzuim aan de orde is, zal de rechter zich op de voet van artikel 359a Sv moeten beraden over het (eventueel) daaraan te verbinden rechtsgevolg.

4.

Op één punt is de regelgeving echter niet duidelijk. In het geval dat een geheimhoudersgesprek wordt uitgeluisterd, heeft dat tot gevolg — ook indien keurig conform de wettelijke regeling de opname en de

schriftelijke uitwerking van dat gesprek wordt vernietigd — dat de opsporingsambtenaar en de officier van justitie kennisnemen van (een deel van) de inhoud van het gesprek. Mag men met deze informatie nog iets ondernemen? Anders gezegd: is operationeel gebruik van de aldus verkregen wetenschap toegestaan? In artikel 126aa lid 2 Sv, het Besluit en de Instructie zoekt men tevergeefs naar een voorschrift hierover. Is dit een lacune die zorgt voor onzekerheid of onduidelijkheid? Of is het — gelet op het zwaarwegende belang van de bescherming van communicatie met geheimhouders — evident dat men niets met deze informatie mag ondernemen?

Bij de totstandkoming van artikel 126aa lid 2 Sv is het hier beschreven operationele gebruik geen afzonderlijk voorwerp van discussie geweest. Wel treft men één passage in de wetgeschiedenis van de wet-BOB aan waarin, min of meer terloops, wordt ingegaan op deze kwestie. De minister brengt hierin naar voren: 'indien een advocaat, al dan niet betrokken bij georganiseerde criminaliteit, met anderen gesprekken heeft die onder de geheimhoudingsplicht vallen, [mogen] deze gesprekken niet in het procesdossier terechtkomen. Deze omstandigheid werpt bovendien zijn schaduw vooruit. Dat deze gegevens niet in het procesdossier terecht mogen komen, impliceert dat het op de hoogte raken met deze gegevens ook niet de grondslag voor het toepassen van een bijzondere opsporingsbevoegdheid mag zijn. Uit artikel 126aa lid 2 Sv volgt immers dat deze gegevens in het strafproces geen rol mogen spelen' (Kamerstukken II 1997/98, 25 403, nr. 7, p. 77). In deze passage wordt niet expliciet onderscheid gemaakt tussen hetgeen de opsporingsambtenaar heeft gehoord en hetgeen is opgenomen of op schrift is gesteld. Ook wordt alleen iets gezegd over het ten grondslag leggen van gegevens aan de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Niettemin lijkt vooral uit de slotzin te mogen worden afgeleid dat artikel 126aa lid 2 Sv ruim dient te worden opgevat en dat daarin ook een verbod van het operationele gebruik moet worden gelezen.

In de lagere rechtspraak heeft zich op dit punt geen eenduidige lijn afgetekend. De desbetreffende zaken zien op gevallen die in zoverre vergelijkbaar zijn met de casus die aan de orde is in de hierboven afgedrukte uitspraak, dat op basis van informatie die bekend is geworden door het uitluisteren van een geheimhoudersgesprek, overgegaan wordt tot aanhouding van de verdachte. Een aanhouding onder deze omstandigheden is rechtmatig bevonden door Rb. Amsterdam 20 juni 2001, NbSr 2001, 314, omdat door de aanhouding het vrije verkeer met de raadsman weliswaar enigszins wordt gehinderd, maar niet in de kern wordt aangetast. Een andere koers wordt gevaren in Rb. Rotterdam 20 februari 2007, LJN AZ9197 en Rb. Amsterdam 26 september 2008, NJ 2008, 616, waarin het maken van een afspraak met een raadsman onder de reikwijdte van het verschoningsrecht wordt begrepen en om die reden het operationeel gebruik maken van die informatie onrechtmatig wordt bevonden.

5.

In de hierboven afgedrukte zaak hebben zich evident meerdere vormverzuimen voorgedaan. Na het uitluisteren van het gesprek waarin de verdachte een afspraak maakt met een raadsman en in dat verband de zaak summier bespreekt, stelt de betrokken opsporingsambtenaar in strijd met artikel 4 lid 1 Besluit niet onverwijld de officier van justitie in kennis. Dat frustreert de spoedige beoordeling door de officier van justitie met het oog op de noodzaak van vernietiging. De uitwerking van het tapgesprek komt vervolgens in het dossier terecht, zonder dat hiertoe op de voet van artikel 126aa lid 2 Sv een

machtiging van de rechter-commissaris wordt verkregen. De zaak spitst zich echter toe op de aanhouding van de verdachte die een direct gevolg is van het uitluisteren van het gesprek. De verdachte wordt gearresteerd op de stoep voor het kantoor van de raadsman.

Het gerechtshof stelt voorop dat het afgeluisterde gesprek in zijn geheel onder het verschoningsrecht en dus ook onder de reikwijdte van de vernietigingsplicht van artikel 126aa lid 2 Sv valt, ook waar het gaat om het maken van de afspraak. Zonder veel omhaal van woorden voegt het gerechtshof daaraan toe dat — los van de vernietigingsplicht — het operationele gebruik van de uitgeluisterde informatie, exceptionele omstandigheden daargelaten, niet was toegestaan. Dat oordeel wordt niet gedeeld door waarnemend A-G Bleichrodt. Hoewel ook Bleichrodt als vertrekpunt neemt dat onder het verschoningsrecht een ruim arsenaal aan mededelingen valt, betwijfelt hij of het operationele gebruik van de informatie over de gemaakte afspraak zonder meer problematisch is. Zijn argumentatie vertoont daarbij gelijkenis met die van de rechtbank Amsterdam in het hiervoor genoemde vonnis van 20 juni 2001: van onaanvaardbare schade aan het algemene hulpverleningsbelang dat het verschoningsrecht beoogt te waarborgen, is geen schade indien de politie operationeel gebruik maakt van op zich rechtmatig verkregen informatie omtrent de verblijfplaats van de verdachte. Daardoor is het verschoningsrecht niet in de kern geschonden, omdat het vrije verkeer met de raadsman niet structureel wordt belemmerd (zie conclusie, onder 4.12-4.13).

6.

Schenkt de Hoge Raad op dit punt klare wijn? Weliswaar stelt de Hoge Raad in de samenvatting in rov. 4.2 centraal dat op basis van het afgeluisterde geheimhoudersgesprek tot aanhouding is overgegaan. Maar het is opmerkelijk dat de Hoge Raad niet onomwonden stelt dat het operationele gebruik van de informatie die is verkregen door het uitluisteren van het geheimhoudersgesprek, door de verdachte op basis van die informatie aan te houden, in strijd is — of juist niet in strijd is — met (de grondgedachte die ten grondslag ligt aan) artikel 126aa lid 2 Sv. Om die reden is het zinvol iets uitvoeriger stil te staan bij de beoordeling van het eerste middel.

Na voorop te hebben gesteld dat niet alleen het opnemen van gesprekken, maar ook het direct afluisteren van gesprekken die worden opgenomen, onder de bevoegdheid van artikel 126m Sv moet worden begrepen, omschrijft de Hoge Raad de strekking van het voorschrift van artikel 126aa lid 2 Sv dat gegevens die als gevolg van de toepassing van (onder andere) artikel 126m Sv worden verkregen, onmiddellijk worden vernietigd wanneer deze onder het verschoningsrecht vallen. Daarmee moet zijn verzekerd dat ‘die gegevens geen deel uitmaken van de processtukken’ en dat ‘daarop in het verdere verloop van het strafproces, dus ook in het eindonderzoek ter terechtzitting, geen acht wordt geslagen’ (rov. 4.4). Artikel 126aa lid 2 Sv brengt ‘derhalve’ met zich dat gegevens in de zin van dit voorschrift ‘niet in het strafproces kunnen worden gebruikt’. De Hoge Raad hanteert hier formuleringen die ook reeds zijn gebruikt in het door de Hoge Raad aangehaalde arrest van 2 oktober 2007, NJ 2008, 374 m.nt. Legemaate. In dat arrest draaide het echter om een andere kwestie dan het aanhouden van de verdachte na het uitluisteren van een tapgesprek (namelijk het voorhouden van een passage uit een geheimhoudersgesprek tijdens een verhoor, waarna de reactie van de verdachte daarop voor het bewijs wordt gebezigd). Mede daardoor is niet klip en klaar wat de Hoge Raad wil verstaan onder het niet

gebruik kunnen maken 'in het strafproces'. Mag en moet dat zo ruim worden opgevat dat elke vorm van operationeel gebruik onrechtmatig is?

Interessant is dat de Hoge Raad in rov. 4.5 overweegt dat vanwege de ratio van het verschoningsrecht ook voor direct afgeluisterde telefonische mededelingen die onder het verschoningsrecht vallen, geldt dat deze niet in het strafproces kunnen worden gebruikt. Aangezien aldus bekend geworden mededelingen in de regel niet voor het bewijs zullen worden gebezigd zonder dat deze eerst op schrift zijn gesteld (en aan de processtukken zijn toegevoegd), lijkt de Hoge Raad hiermee aan te willen geven dat 'in het strafproces' ruim moet worden opgevat. Dat sluit ook aan bij de onder 4 genoemde, door de Hoge Raad in het arrest van 2 oktober 2007 aangehaalde, passage uit de wetsgeschiedenis van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden. Voorts lijken de woorden 'in het verdere verloop' zo te mogen worden begrepen dat dit verloop een aanvang neemt onmiddellijk nadat het geheimhoudersgesprek heeft plaatsgevonden en is opgenomen. Tegelijkertijd valt het op dat in rov. 4.6, waarin het oordeel van het gerechtshof omtrent de begane vormverzuimen concreet wordt getoetst, de rechtmatigheid van aanhouding niet geïsoleerd wordt besproken. In plaats daarvan overweegt de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat a. het gesprek voor wat betreft het maken van een afspraak onder het verschoningsrecht valt, b. de verkregen informatie niet operationeel gebruikt had mogen worden en c. het van de desbetreffende mededelingen opgemaakte proces-verbaal vernietigd had behoren te worden, gelet op de aard en de inhoud van de gegevens alsmede de overige omstandigheden van het geval niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Het nadeel dat aan deze benaderingswijze is verbonden, is dat de Hoge Raad strikt genomen in het midden laat of alleen het complex van deze deeloordelen, of ook elk van deze deeloordelen — a, b en c — ieder voor zich niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Anders gezegd: gaat om het om a, b én c, of zou alleen a plus b (of b alleen) ook reeds een vormverzuim opleveren?

7.

Al met al levert de beoordeling van het eerste middel niet de gewenste helderheid op omtrent de rechtmatigheid van de aanhouding op basis van de informatie die is verkregen door het afluisteren van het geheimhoudersgesprek. Daarbij past de opmerking dat het middel zich niet zozeer toespitst op de rechtmatigheid van die aanhouding, maar veeleer de daaraan voorafgaande vraag centraal stelt of het afgeluisterde gesprek integraal, dus ook waar het gaat om het maken van een afspraak met een raadsman, onder het verschoningsrecht, en daarmee ook onder het bereik van artikel 126aa lid 2 Sv, valt. De steller van het middel werpt daarbij de vraag op of het belang om een voortvluchtige verdachte te kunnen aanhouden — anders dan het belang van waarheidsvinding — moet wijken voor het belang dat een ieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking een advocaat te raadplegen. Ik sluit niet uit dat de Hoge Raad vooral op deze vraag naar de reikwijdte van het verschoningsrecht antwoord heeft willen geven, al valt het dan op dat de Hoge Raad niet refereert aan een (mogelijk) onderscheid naar de aard of de strekking van de mededeling die wordt gedaan. Ook in dat opzicht is het enigszins mistig wat de Hoge Raad nu precies tot uitdrukking heeft willen brengen in zijn overwegingen omtrent de beoordeling van het eerste middel.

Het vorenstaande laat onverlet dat ik wel geneigd ben om het oordeel van de Hoge Raad zo te verstaan dat hij, evenals het gerechtshof, de aanhouding van de verdachte in de gegeven omstandigheden onrechtmatig acht. Daartoe acht ik allereerst van belang dat de door de Hoge Raad geformuleerde norm dat de gegevens die worden verkregen door het af luisteren van een geheimhoudersgesprek niet 'in het strafproces' mogen worden gebruikt, inhoudelijk aansluit bij de onder 4 aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis. Die passage lijkt te zijn geënt op een verbod van operationeel gebruik. Voorts acht ik relevant dat de Hoge Raad de aanhouding naar aanleiding van het af luisteren van het gesprek nadrukkelijk noemt in de samenvatting van de zaak in rov. 4.2, terwijl in rov. 4.6 door middel van een kort citaat expliciet wordt verwezen naar het oordeel van het gerechtshof dat van de door het af luisteren van het geheimhoudersgesprek verkregen wetenschap geen operationeel gebruik had mogen worden gemaakt.

Hierbij wil ik niet verhullen dat deze duiding van de overwegingen van de Hoge Raad mede wordt ingegeven door de wenselijkheid die het aldus bereikte resultaat in mijn ogen heeft. Daartoe zijn twee gezichtspunten van belang. Allereerst moet voor ogen worden gehouden dat het wettelijk systeem van bijzondere opsporingsbevoegdheden weliswaar met zich brengt dat het onvermijdelijk is dat geheimhouders over een getapte lijn heenkomen, maar dat dit systeem het geenszins mogelijk heeft willen maken dat van mededelingen aan of door een geheimhouder gebruik wordt gemaakt. Ten tweede heeft het operationeel gebruik maken van dergelijke mededelingen tot gevolg dat de vrije toegang tot de verschoningsgerechtigde wordt belemmerd. Ook al behoeft van een totale blokkade van die toegang geen sprake te zijn (zoals waarnemend A-G Bleichrodt in zijn conclusie betoogt), dat neemt niet weg dat dergelijk operationeel gebruik repercussies kan hebben voor het vertrouwen dat rechtzoekenden stellen in de toegang tot en vrije communicatie met een raadsman. De mogelijkheid dat het maken van een afspraak met de raadsman leidt tot arrestatie, lijkt mij in ieder geval niet bevorderlijk voor dat vertrouwen.

Overigens kan er nog op worden gewezen dat in de Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten (Stcrt. 2006, 130) het openbaar ministerie zelf ook geen ruimte lijkt te zien voor het hier besproken operationele gebruik, omdat in die Aanwijzing zonder voorbehoud wordt gesteld dat 'er geen ruimte [bestaat] om de aldus [door middel van een telefoontap; MJB] verkregen informatie te gebruiken ten behoeve van de opsporing'.

8.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof omdat het oordeel van het gerechtshof omtrent de niet-ontvankelijkverklaring ontoereikend is gemotiveerd. De Hoge Raad lijkt daarbij vooral te vallen over het feit dat het gerechtshof ervan uitgaat dat een onrechtmatige aanhouding kan leiden tot een aantasting van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak. Dat is op zich een voor de hand liggende reden om tot cassatie over te gaan. Het feit dat de aanhouding onrechtmatig is, zegt immers nog niets over de rechtmatigheid van het daarop volgende traject. De rechtens relevante vraag is of er een rechtstreeks verband bestaat tussen enerzijds de onrechtmatige aanhouding en anderzijds daarop volgende opsporings- en vervolgingshandelingen, waarbij dan nog geldt dat met het oog op niet-ontvankelijkverklaring het uiteindelijke resultaat daarbij moet zijn dat het recht op een eerlijk proces

(onherstelbaar) is aangetast. In dit verband kan erop worden gewezen dat het temporele verband tussen een onrechtmatige aanhouding en het daarop volgende verhoor niet voldoende is om aan te nemen dat de verklaring die tijdens het verhoor wordt afgelegd, onrechtmatig is verkregen (vgl. bijvoorbeeld HR 13 november 1984, NJ 1985, 295).

Er is evenwel meer aan de hand. Het is mijns inziens geen toeval dat de Hoge Raad in rov. 5.3 het oordeel van het gerechtshof citeert. Want uit dat oordeel blijkt dat het gerechtshof het Zwolsmancriterium in gemodificeerde vorm heeft toegepast. Waar het Zwolscriterium vereist dat het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan, spreekt het gerechtshof over de aanmerkelijke kans daarop. Op zich vormt dat een goede reden voor cassatie. Tegelijkertijd moet in het oog worden gehouden dat de modificatie van het Zwolsmancriterium geen slordigheid lijkt te zijn. Het gerechtshof overweegt immers dat niet kan worden uitgesloten dat de verdachte, indien hij niet zou zijn aangehouden en hij met zijn raadsman had kunnen overleggen, een andere procespositie — anders dan het afleggen van een bekentenis na aanhouding — zou hebben ingenomen. Daarmee lijkt het gerechtshof tot uitdrukking te willen brengen dat juist vanwege het onrechtmatige handelen van de politie niet op speculatieve gronden moet worden aangenomen dat de verdachte geen (zwaarwegend) nadeel heeft ondervonden van dat handelen. Het is de vraag of deze redenering in de onderhavige zaak wel zo sterk is. Immers, de onrechtmatigheid van de aanhouding heeft op zichzelf genomen niet de verklaringsvrijheid van de verdachte tijdens het verhoor aangetast, terwijl voor het overige aanknopingspunten ontbreken dat de inhoud van het afgeluisterde gesprek van waarde is geweest voor het verdere verloop van het opsporingsonderzoek (of voor het bewijs).

Abstraheert men evenwel van de concrete omstandigheden van deze zaak, dan raakt de creatieve formulering van het Zwolsmancriterium wel een belangrijk punt. Er zijn omstandigheden denkbaar waarin het moeilijk zal zijn om vast te stellen in hoeverre het uitluisteren van een geheimhoudersgesprek invloed heeft gehad op het verloop van het onderzoek. Stel dat een dergelijk gesprek ten behoeve van de beoordeling door de officier van justitie is uitgewerkt, waarna die schriftelijke uitwerking niet tijdig wordt vernietigd maar gaat rondslingeren en door de leden van het opsporingsteam kan worden geraadpleegd. Pas veel later wordt het desbetreffende proces-verbaal vernietigd, maar ondertussen zijn diverse opsporingshandelingen verricht. Aan wie is het in dit soort gevallen om aannemelijk te maken (of te doen worden) dat er al dan niet van (structurele) invloed op het verloop van het opsporingsonderzoek sprake is geweest? Is dat aan de officier van justitie of aan de verdediging? De lagere rechtspraak oordeelt hierover niet eenduidig (zie ter illustratie Rb. Den Haag 26 maart 2009, LJN BH7921 naast Rb. Alkmaar 28 oktober 2009, LJN BK2294). Indien geen volledig beeld kan worden verkregen omtrent de invloed op het opsporingsonderzoek, mag dat dan een argument zijn ten gunste van niet-ontvankelijkverklaring (in die zin bijvoorbeeld Rb. Maastricht 9 juni 2009, LJN BI6974 en BI6976), of sluit dat niet-ontvankelijkverklaring juist uit (in die zin Hof Den Bosch 4 september 2009, LJN BJ6887 en BJ6892, waarin de zo-even vermelde Maastrichtse vonnissen worden vernietigd)? Wanneer men strikt vasthoudt aan het Zwolsmancriterium lijkt mij dat deze vraag in laatstgenoemde zin moet worden beantwoord. In die benadering is onzekerheid omtrent de invloed op het opsporingsonderzoek veeleer een argument om ter compensatie van het vormverzuim tot strafvermindering over te gaan. Maar door de modificatie van het Zwolsmancriterium lijkt het

gerechtshof Den Haag in de hierboven afgedrukte zaak (iets) meer ruimte voor niet-ontvankelijkverklaring te willen bieden, juist vanwege het grote belang dat toekomt aan het respecteren van het verschoningsrecht en daarmee samenhangend de zorgplicht die op dit vlak mag worden gesteld ter zake van het voorkomen van inbreuken op het verschoningsrecht. Hoe de Hoge Raad daarover denkt, valt niet af te leiden uit diens overwegingen.

9.

Daarmee kom ik tot een slotopmerking. Wanneer men de problematiek van het tappen van geheimhoudersgesprekken in brede zin beschouwt, blijken er tal van discussiepunten te bestaan waarover soms sterk wisselende posities in de lagere rechtspraak worden ingenomen. Naast de reeds opgeworpen punten kan bijvoorbeeld nog worden gedacht aan de vraag in hoeverre het de bedoeling is dat de zittingsrechter inhoudelijk kennisneemt van de inhoud van geheimhoudersgesprekken teneinde de invloed daarvan op het verloop van het opsporingsonderzoek vast te stellen, of dat hij dat juist niet moet doen (zie Hof Den Haag 2 juni 2005, LJN AT6675 tegenover Hof Den Bosch 21 oktober 2003, LJN AN1270), terwijl bijvoorbeeld ook verschillend wordt gedacht over het antwoord op de vraag of, gelet op de aard van de schending, strikt moet worden vastgehouden aan het vereiste van concreet nadeel teneinde strafvermindering ter compensatie van het vormverzuim toe te passen (zie hierover bijvoorbeeld Hof Amsterdam 20 juni 2007, LJN BA7722 in contrast met Hof Den Bosch 22 januari 2009, LJN BH0705). Het voert te ver alle aandachtspunten in deze toch al lange annotatie nader te bespreken. Geconstateerd kan evenwel worden dat de Hoge Raad, afgezet tegen de complexiteit van de problematiek, vooralsnog weinig sturing geeft aan de rechtsontwikkeling op dit terrein. Ook al is het doorgaans lastig om geabstraheerd van concrete casus gedetailleerd invulling te geven aan de relevante voorschriften, het is mijns inziens toch zaak om zo helder mogelijk — en in ieder geval duidelijker dan thans het geval is — aan te geven waar de juridische grenzen liggen en hoe daarmee moet worden omgegaan. Juist de variëteit aan casusposities en juridische argumentaties die in de lagere rechtspraak naar voren komt, kan voor de Hoge Raad behulpzaam zijn om richtsnoeren te ontwikkelen die de grenzen van de voorgelegde zaak overstijgen. Want één ding mag duidelijk zijn: ondanks alle maatregelen die zijn en worden getroffen, zal het nog wel even duren voordat het laatste juridische geschil omtrent getapte geheimhoudersgesprekken is geslecht.